Early Journal Content on JSTOR, Free to Anyone in the World

This article is one of nearly 500,000 scholarly works digitized and made freely available to everyone in the world by JSTOR.

Known as the Early Journal Content, this set of works include research articles, news, letters, and other writings published in more than 200 of the oldest leading academic journals. The works date from the mid-seventeenth to the early twentieth centuries.

We encourage people to read and share the Early Journal Content openly and to tell others that this resource exists. People may post this content online or redistribute in any way for non-commercial purposes.

Read more about Early Journal Content at http://about.jstor.org/participate-jstor/individuals/early-journal-content.

JSTOR is a digital library of academic journals, books, and primary source objects. JSTOR helps people discover, use, and build upon a wide range of content through a powerful research and teaching platform, and preserves this content for future generations. JSTOR is part of ITHAKA, a not-for-profit organization that also includes Ithaka S+R and Portico. For more information about JSTOR, please contact support@jstor.org.

IV.

Ueber die Verbindlichkeit des Rathgebers und das mandatum in gratiam mandatarii *).

Von dem
Dr. L. J. Neuſtetel zu Hanau.

§. 1.

So groß auch die Verſchiedenheit iſt, welche die Begriffe von Rath und Auftrag ſcheidet, ſo hat man doch in der neueren Jurisprudenz von jeher ſich Mühe gegeben, ſie mit einander in Verbindung zu ſetzen, und aus der Natur des einen Folgen für die des andern abzuleiten.

Durch den Willen der Parteien, ſich gegenſeitig zu verpflichten, wird das Mandat zu einem Rechtsgeſchäft, einem Contracte. In dem Weſen eines Raths hingegen iſt enthalten, daß keiner von beiden Theilen, weder der Rathende durch den Rath, noch der, dem gerathen wird, durch die Billigung und Befolgung deſſelben irgend eine Verbindlichkeit gegen den Andern zu übernehmen gedenkt. Denn rathen heißt nichts mehr, als jemanden die Ausführung oder Unterlaſſung einer von ihm abhängigen Handlung als ihm Vortheil bringend darſtellen. Die Geſetze haben dieſen Unterſchied aufs ſchärfſte anerkannt und beſtätigt; und daß der Rath keine Verbindlichkeit begründe, wiederholt ausgeſprochen [1]). Dieſe Regel erleidet jedoch folgende Beſchränkungen:

*) Da dieſe Abhandlung bereits vor dem Erſcheinen der „Irrthümer alter und neuer Juriſten von Geuerding“ eingelaufen war, ſo konnte der Verf. die daſelbſt S 197. u. folgg. gegebene Erklärung der L. 6. §. 5. mand. noch nicht berückſichtigen.

Die Redact.

1) §. 6. I., l. 2. §. 6. D. mand., l. 10. §. 7. eod., l. 2. D. de proxen., l. 47. D. de R. I.

a) Wer in arglistiger Absicht einen Rath ertheilt, ist zum Schadensersatze verpflichtet.

Doch ist ein solcher nicht sowohl durch seinen Rath, als durch den dolus malus gebunden, den die Gesetze verfolgen, in welcher Gestalt er sich auch vorfinde. Daher steht gegen den dolosen Rathgeber keine andere Klage, als die actio de dolo zu [2]).

b) Wer kraft seines Amtes, oder weil er sich für einen Kunstverständigen ausgegeben, verbunden ist, guten Rath zu ertheilen, aber schädlichen gab, muß seine Culpa prästiren. Auch dieser Satz bildet keine eigentliche Ausnahme von jener Regel: weil hier der wahre Obligationsgrund nicht in dem ertheilten Rath, sondern in dem vorausgegangenen Contract oder Quasicontract besteht.

Diese beiden Modificationen der allgemeinen Regel, „Rath verbindet nicht," werden gewöhnlich derselben hinzugefügt; eine dritte, ebenfalls in den Gesetzen begründete hingegen, die, obgleich zunächst nur für römische Verhältnisse wichtig, doch auch für die Gegenwart den Stoff zu fruchtbaren Analogien liefert, wird gemeinhin übersehen; und doch ist ohne sie die Vereinigung zweier Gesetzesstellen nicht möglich, welche zu verbinden seit Aecurs das Streben der Ausleger gewesen; ich meine die bekannten l. 7. §. 6. D. de dolo und l. 3. §. 1. L. 4. D. de serv. corr

Denn während in der angef. l. 3. §. 1. Ulpian die actio de servo corrupto gegen denjenigen zuläßt, der einem fremden Sklaven doloser Weise einen gefährlichen, und physisch schädliche Wirkungen zur Folge habenden Rath ertheilte; mit den Worten:

> Unde quaeritur, si quis servo alieno suaserit in tectum ascendere, vel in puteum descendere, et ille parens ascenderit, vel descenderit, et ceciderit, crusque vel quid aliud fregerit, vel perierit, an teneatur? Et si quidem sine dolo malo fecerit, non tenetur: si dolo malo, tenebitur,

findet es gleich darauf in l. 4. Paulus für passender, sich der utilis actio legis Aquiliae zu bedienen, indem er bemerkt,

> Sed commodius est, utili lege Aquilia eum teneri.

---

2) Consilii non fraudulenti nulla obligatio est; caeterum si dolus et calliditas intercessit de dolo actio est. L. 47. D. de R. I. — L. 43. §. 3. D. de furtis., l. 8. D. de dolo.

Demungeachtet ſagt Ulpian in der l. 7. §. 6. D. de dolo folgendes:

> Si quadrupes tua, dolo alterius, damnum mihi dederit, quaeritur: an de dolo habeam adversus eum actionem? Et placuit mihi quod Labeo scribit: si dominus quadrupedis non sit solvendo, dari debere de dolo: quamvis si noxae deditio non sit secuta, non puto dandam, nec in id quod excedit.

Hier entſtand nun die Frage: warum Ulpian, wo die actio de pauperie wegen des Eigenthümers Inſolvenz, d. i. deſſen Unvermögen, das beſchädigte Thier noxae zu geben, wegfallen muß, die ſubſidiäre actio de dolo zulaſſe, und nicht eher nach dem von Paulus in l. 4. cit. aufgeführten Rechtsmittel greife? zumal da der dolus auch hier wohl in einem argliſtigen Zureden beſtand, das jemanden in die Nähe eines gefährlichen Thieres zu bringen beabſichtigte.

Am leichteſten war es, hier ſich mit Mendoza [3]) der verbrauchten Ausflucht zu bedienen, es ſey mit der actio de dolo die actio legis Aquiliae utilis nomine doli gemeint. Die innere Unhaltbarkeit dieſer Anſicht iſt treffend dargeſtellt von Zimmern [4]). Seinen Gründen läßt ſich zum Ueberfluß noch der äußere hinzufügen, daß es höchſt ſonderbar ſeyn würde, wenn Ulpian gerade hier im §. 6. der l. 7. D. de dolo ſich einer unſtreitig höchſt ſeltenen und zu Irrungen führenden Terminologie bedient haben ſollte, da in den beiden vorhergehenden §en deſſelben Contextes die Aquiliſche Klage mit der actio de dolo ausdrücklich in Vergleichung gebracht, und für einige Fälle ihr Verhältniß zu einander beſtimmt wird. — Auch die übrigen Erklärungen finden ſich angeführt und widerlegt bei Zimmern, deſſen eigene Meinung nun die iſt: man dürfe keine Vereinigung jener Geſetze verſuchen, weil ſie, da einmal Paulus zufolge l. 4. D. de serv. corr. von Ulpian in l. 3. D. eod. über die Ausdehnung des aquiliſchen Geſetzes diſſentiren, nur gewaltſam vorgenommen werden könne, indem der Letztere auch in l. 7. §. 6. cit. ſeiner abweichenden Anſicht treu bleiben mußte. Dieſer Diſſens erhelle auch daraus um ſo deutlicher, daß in l. 54. pr. D de act. emt. Labeo, der

---

3) Comm. ad leg. Aquil. (Meermann thes. T. II.) l. 3. cap. 7. sect. 1.

4) Syſtem der röm. Noxalklagen, S. 248 — 255.

in l. 7. §. 6. cit. als gleicher Meinung mit Ulpian vorkommt, ebenfalls milder über die Culpa gedacht, aber auch gleich daſelbſt an dem ſtrengeren Paulus einen Gegner gefunden habe.

Was nun letzteren Umſtand angeht, ſo iſt wohl darauf kein ſo großes Gewicht zu legen. Denn Labeo hatte eine offenbar an ſich unrichtige Meinung ausgeſprochen, und einer ſolchen wird denn freilich von Paulus das heftige „minime!“ entgegengeſtellt. Aber die zermalmenden Gründe, mit denen Paulus die Anſicht Labeo's beſtreitet, beſtehen aus Einwendungen, genommen aus den Principien über Culpa im Contracte: dagegen in unſerm Falle es ſich von Culpa außer dem Contracte handelt.

Ob aber Paulus in l. 4. von Ulpian in l. 3. §. 1. cit. diſſentire, ſteht ſelbſt noch in Frage, und darf nicht angenommen werden, wenn man nur für dieſe beiden Stellen folgenden Geſichtspunkt ins Auge faßt.

Ulpian in der l. 3. §. 1. geſtattet die actio servi corrupti gegen den, auf deſſen argliſtigen Rath ein Sklave gefahrvolle und ihm phyſiſch nachtheilige Handlungen unternahm. Dieſer etwas ſtarken Ausdehnung des Edicts wegen der Sklavencorruptionen widerſpricht Paulus zwar nicht, findet es aber doch paßlicher, der Sache angemeſſener („commodius“), ſich der hierbei gewöhnlichen Aquilia utilis zu bedienen. Es iſt alſo zwiſchen l. 3. §. 1. und l. 4. kein Zwieſpalt, und Paulus vervollſtändigt blos die Meinung Ulpians, ohne daß erwieſen werden könnte, daß Ulpian ſich geweigert habe, eine Klage zuzulaſſen, die Paulus als die regelmäßige und eigentliche bezeichnet.

Allein ein mehr bedenklicher Zweifel iſt der: Paulus führt uns mit der l. 4. in das Gebiet Aquiliſcher Verbindlichkeit, bei der als Grundprincip angeſehen werden muß, daß nicht auf die in Dolus und Culpa hervortretenden Modificationen der Schuld, ſondern auf Imputabilität überhaupt zu ſehen iſt. In welchem Falle daher die Aquiliſche Klage wegen dolus gegeben wird, ſind wir genöthigt, wenn nur irgend dieſelbe Handlung aus blos culpoſen Bewegungsgründen möglich und imputabel gedacht werden kann, für dieſe Handlung auch im Falle bloſer Culpa die Aquilia als zuſtehend anzunehmen. Wenn nun Paulus in der l. 4. wegen doloſen Raths die actio legis Aquiliae geſtattet, muß dieſes nicht von der allgemeinen Regel, „außer contractmäßigen Verhältniſſen obligirt nur doloſer Rath,“ inſofern eine Abweichung nach ſich ziehen, als wir ſagen müſſen, auch culpoſer Rath begründet ſelbſt außer dem Contracte eine Verbindlichkeit zum Schadenserſatz?

Allerdings müſſen wir dies annehmen: allein nur dann, wenn der Rath einem Sklaven ertheilt worden; nur ein dieſem gegebener Rath verpflichtet aquiliſch, und darum wird auch nur bei dieſem nicht auf dolus, ſondern auf Culpa im weiteren Sinne Rückſicht genommen. Denn wegen der ſteten Möglichkeit, daß der Sklave den gefährlichen Rath ausrichte, und ſeinen Herrn durch die Deterioration ſeiner ſelbſt oder einer ſonſt ihm zugehörigen Sache, in Nachtheil verſetze, iſt ein ſolcher Rathgeber ganz gleich demjenigen, der ſich fremder Sachen zu möglicher Weiſe denſelben nachtheiligen Verſuchen bedient, und wird, wie dieſer, aquiliſch verbindlich. Darauf, ob er bei ſeinem Rath ſich in dolo oder in bloſer Culpa befand, kommt im Gebiet des Aquiliſchen Geſetzes nichts an.: und wir haben hier alſo wirklich einen Fall, wo culpoſer Rath außer dem Contracte zum Schadenserſatz verpflichtet. — Doch finden zwiſchen der actio servi corrupti und jener ex lege Aquil. util. folgende Unterſchiede ſtatt: im Fall des Dolus concurriren beide mit einander, im Fall bloſer Culpa aber ſteht letztere allein zu. Andrerſeits aber iſt die actio servi corrupti, außerdem daß ſie gleich Anfangs, die Aquilia hingegen erſt gegen den Läugnenden in duplum geht, darum umfaſſender, weil ſie ſchon zuſteht, ehe noch die Aquiliſche Klage begründet iſt, nämlich vor ereignetem Schaden, wenn nur durch den gegebenen Rath der Sklave geneigt wurde, auch andere halsbrechende Unternehmungen zu wagen. Dieſe Lage der Sache hängt ſo genau mit allgemeinen Grundſätzen zuſammen, daß faſt mehr als beſtätigende Autorität, denn als Rechtsquelle angeführt werden kann: Juſtinian im §. ult. l. de leg. Aquil., der ebenfalls aus gefährlichem, einem Sklaven ertheilten Rath aquiliſche Verbindlichkeit herleitet, ohne Dolus und Culpa zu unterſcheiden.

> — — aut si quis alieno servo persuaserit, ut in arborem ascenderet, vel in puteum descenderet, et is ascendendo, vel descendendo, aut mortuus, aut aliqua parte corporis laesus fuerit, utilis in eum actio datur.

Nunmehr ergiebt es ſich von ſelbſt, warum in l. 7. §. 6. cit. die actio de dolo und nicht utiliter die Aquiliſche Klage gegeben iſt. Während nämlich in l. 3. §. 1. und l. 4. D. de serv. corr. Ulpian und Paulus von Sklaven reden, denen ein ſchadenbringender Rath ertheilt worden, iſt in l. 7. §. 6. cit. der Berathene kein Sklave, ſondern ein Freier. Bei dieſem aber muß die Regel: „außer dem Contracte verpflichtet nur doloſer Rath,“ volle Anwendung erleiden, weil es

in keinem Fall etwas aquiliſch imputables enthält, einem Freien zu rathen. Denn wenn der Freie einen nachtheiligen Rath befolgte, ſo hat er die Schuld ſich ſelbſt beizumeſſen, und dem Rathgeber kann nicht angerechnet werden, daß er den Willen eines Freien auf irgend einen Gegenſtand hinlenkte. Hat jemand einem fremden Sklaven etwas gefährliches gerathen, ſo wird er aquiliſch verpflichtet, weil er keine Handlungen mit der Sache eines Andern vornehmen darf; aber die Klage, welche dann dem Herrn zuſteht, hat er doch immer im eignen Namen, nicht im Namen ſeines Sklaven. — Darum kann in l. 7. §. 6. cit., weil hier der Berathene ein Freier iſt, nicht wie in l. 3. §. 1. und l. 4. die actio servi corrupti und Aquilia utilis gegeben werden; ſondern es iſt gegen den argliſtigen Rathgeber keine andere Klage möglich, als die actio de dolo. Letztere Klage iſt dann auch die einzig übrige, wenn der Rath zwar Sklaven ertheilt worden, aber keinen aquiliſchen Schaden zur Folge hatte [5]).

Demnach iſt die dritte Beſchränkung jener obigen Regel dieſe:

c) wer einem Sklaven einen Rath ertheilt, aus deſſen Befolgung dem Herrn ein aquiliſcher Schade erwächſt, muß dieſen Schaden präſtiren, ſey der Rath aus argliſtiger Abſicht oder unvorſichtiger Weiſe gegeben worden.

Da — ſo viel mir bewußt iſt — die Geſetze außer dem Angegebenen weiter keine Beſtimmungen über den Rath enthalten, und auch die Natur der Sache jene unbedingte Allgemeinheit erheiſcht, ſo fragt man verwundernd: „woher die Abweichungen der Rechtslehrer von dieſen einfachen Grundſätzen, und woher die Verſchiedenheit dieſer Abweichungen unter ſich?“ Ein in einer andern Lehre vorkommender Billigkeitsſatz war die Veranlaſſung hier ebenfalls eine angebliche Billigkeit einzumiſchen; wozu man denn freilich an einigen hingeworfenen Aeußerungen der Geſetze Unterſtützung fand. Alle Argumentationen dieſer Rechtslehrer ſind entweder direct oder analogiſch aus einer Unterart des mandati in gratiam mandatarii abgeleitet. Es iſt daher zu ihrer Widerlegung nöthig, vorerſt die rechtliche Natur dieſes Mandats zu entwickeln.

§. 2.

Was iſt unter mandatum in gratiam mandatarii, oder, wie es die Römer gewöhnlich nennen, unter mandatum tua gratia zu verſtehen? Zu dieſer Präliminarfrage iſt man um ſo

5) L. 31. D. de dolo.

mehr berechtigt, weil ohne eine genaue Gränzbeſtimmung das mandatum tua gratia mit dem mandato tua et aliena gratia leicht verwechſelt werden kann und es ſehr bedeutende Folgen hat, ob man ein Geſchäft zu der einen oder andern Claſſe zählt. So wird in den Inſtitutionen der Auftrag, dem Titius ein verzinsliches Capital vorzuſtrecken, als mandatum tua et aliena gratia angeſehen, und gleich darauf derſelbe Auftrag als ein Beiſpiel von einem mand. tua gratia angeführt. Es ſpricht Juſtinian in §. 5. I. de mandato.

> Tua et aliena (sc. gratia, intervenit mandatum); veluti si tibi mandet, ut Titio sub usuris crederes; quia si sine usuris pecuniam crederes aliena tantum gratia intervenit mandatum.

und fährt dann §. 6. eod., wo er ſich ſpeciell über das mand. tua gratia verbreitet, ſo fort:

> Et adeo haec ita sunt, ut quaesitum sit, an mandati teneatur, qui mandavit tibi, ut pecuniam Titio foenerares? Sed obtinuit Sabini sententia, obligatorium esse in hoc casu mandatum, quia non aliter Titio credidisses, quam si tibi mandatum esset.

Dieſe Stellen verglichen mit l. 6. §. 4. 5. D. mand. geben folgendes Reſultat: das reine mand. tua gratia entſteht, wenn der Bevollmächtiger, ohne ſeinen oder eines Dritten Vortheil direct zu beabſichtigen, den Beauftragten zu Handlungen, die in ſeinem Rechtsgebiet liegen und für ihn von Intereſſe ſind, verpflichten will. Der Fall in §. 5. cit. enthält darum ein mand. tua et aliena gratia, weil es die Abſicht des Mandanten war, dem Titius ſowohl als dem Mandatar Vortheil zu bringen: jenem durch das verſchaffte Capital, dieſem durch das nützliche Ausgleichen deſſelben. Hingegen in §. 6. l. cit. beabſichtigt der Mandant nur den Vortheil des Mandatars, weil er nicht will, daß dieſer ſein Geld unbenutzt liegen laſſe: und darum iſt hier ein mandatum tua gratia ertheilt. Dieſe Erklärung geht ſchon deutlich aus der Latinität jener Stellen hervor: „veluti, si tibi mandet, ut Titio sub usuris crederes.“ Hier ruht der Nachdruck auf dem vorangeſetzten „Titio;“ nicht ſo in §. 6. cit., „ut pecuniam Titio foenerares;“ denn hier liegt das Gewicht der Rede auf „pecuniam“ und „foenerares.“ *)

*) Es iſt daher, um einen Unterſchied zwiſchen beiden Geſetzen herauszubringen, gar nicht nöthig, mit Vinnius ad §. 6. I. cit.

Auf dieſe Weiſe glaube ich das mand. in gratiam mandatarii hinlänglich von dem ſ. g. mand. qualificatum geſchieden.

§. 3.

Iſt nun ein ſolches mand. tua gratia ertheilt, ſo kann überhaupt keine Frage über deſſen Gültigkeit entſtehen, wenn es zu unbeſtimmt abgefaßt wurde; ganz gemäß vielen andern Entſcheidungen, in welchen zu allgemein geſtellten Geſchäften keine rechtliche Wirkung beigelegt wird [1]). Dahin gehört z. B. der Auftrag, ſich lieber Feldgut anzuſchaffen, als Geld auf Zinſen auszuleihen, ſich beliebig irgend ein Grundſtück zu kaufen u. ſ. w. [2]). Aber ſelbſt auch, wenn es mit hinlänglich bezeichneter Gränze gegeben wurde, iſt das mand. tua gr. in der Regel ungültig. Denn das Weſen eines Auftrags beſteht darin, daß durch deſſen Erfüllung dem Mandanten eine Gefälligkeit erwieſen werde; und es iſt eben ſo unnöthig [3]), jemanden den eigenen Vortheil zur Pflicht zu machen, als es den Begriffen vom honestum zuwiderläuft, da Entſchädigung zu verlangen, wo man nur für ſich gehandelt hat. Demnach ſollte es eigentlich unbeſchränkter Grundſatz ſeyn, daß ein ſolches donationis causa geſchloſſenes Mandat durchaus keine rechtliche Wirkung habe. Aber Sabinus fand eine Ausnahme in der Billigkeit, und nahm an, im Fall der Mandatar ſonſt nicht gehandelt haben würde, ſo kann er Schadenserſatz vom Mandatar fordern. Denn er ſey doch durch den Auftrag zu dem Geſchäfte bewogen worden, und da ſey es billig, daß er ſeinen Regreß gegen den Auftragenden nehme. Dieſe Mei-

---

zu ſagen, Juſtinian habe ſich geirrt, und in §. 6. cit. ſich des Wortes „mandare“ fälſchlich für „consulere“ oder „hortari“ bedient.

1) L. 2. §. ult. D. mand., l. 48. §. 2. D. eod.; in welchem letzteren Geſetz die häufig angefochtene Lesart der Flor. „ut mihi quamvis“ gewiß einen weit ſchöneren und paſſenderen Sinn giebt, als das unbehülfliche „ut tibi quamvis“ bei Halvander und Baudoza. Denn die Entſcheidung des Celſus beruht nicht auf der Ungültigkeit des mand. tua gratia, ſondern auf der Unwirkſamkeit zu allgemein gefaßter Aufträge überhaupt.

2) S. z. B. l. 69. §. 4. D. de jur. dot., l. 115. pr. de V. O.; l. 71. pr. de legat. I.

3) Quod si tua tantum gratia tibi mandem, supervacuum est mandatum et ob id nulla ex eo actio nascitur. L. 2. pr. D. mand.

nung fand Widerſpruch, wie ſie denn auch, an ſich betrachtet, gegen juriſtiſche Schärfe verſtößt. Juſtinian aber erklärte ſich für dieſe Meinung des Sabinus ausdrücklich in §. 6. I. de mandato (verb. „sed obtinuit Sabini sententia“ etc.), und hat auch in die Digeſten nur die ihr entſprechenden Stellen aufgenommen [4]).

Weil viele Juriſten dieſen Zuſammenhang der Sache nicht einſahen, hauptſächlich darum, weil ſie die Unverbindlichkeit des mand. tua gratia überhaupt aus der Billigkeit herleiteten, wonach derjenige den Schaden zu tragen habe, der den Vortheil zieht; ſo mußte ihnen der Satz der l. 6. §. 5. D. mand., daß die actio contraria dann ſtatt finde, wenn der Mandatar das Geſchäft nicht ohnehin unternommen haben würde, ein gewaltiger Stein des Anſtoßes ſeyn. Den hierdurch entſtandenen Controverſen verdankt dieſes höchſt einfache Geſetz ſeine Berühmtheit, die es jedoch mit den in Note 4. angeführten Stellen zu theilen hätte, weil auch dieſe den beſtrittenen Satz nicht weniger deutlich ausſprechen. Einige haben dieſe Beſtimmung ganz unerklärlich ſingulär gefunden, Andere haben verſucht, ſie wegzuinterpretiren, und noch Andere haben ſie aus den Geſetzen herausemendirt. Von den erſteren iſt nicht weiter zu reden; von den zweiten hebe ich nur die Anſicht des Donellus heraus, weil ſie unter allen ähnlichen die einfachſte iſt. Donellus [5]) verſteht die Worte der l. 6. §. 5. cit. „aut si non esses facturus, nisi ego mandassem, etsi mea non interfuit, erit mandati actio“ von einem mand. tua et aliena gratia. Allein dieſer Fall war ſchon im §. 4. der L. 6. vorgekommen, und offenbar hat Ulpian in dem §. 5. einen andern aufſtellen wollen. Unter den letzten hat ſich Noodt [6]) durch die Kühnheit ſeiner Emendationen ausgezeichnet, deren Werth Markart [7]) abgewogen, und die auch Thibaut [8]) verworfen hat, und hiefür bedurfte dieſer keiner weitern Rechtfertigung, als daß er das Fragment in ſeiner von Noodt durchaus umgeänderten Geſtalt abdrucken ließ.

Da Noodt den wahren Inhalt der l. 6. §. 5. cit. läugnet, ſo hat er ſich auch gegen die l. 32. D. mand. gewandt,

---

4) L. 6. §. 5. D. mand., l. 32. D. eod., l. 1. §. 14. D. depositi.

5) Comm. l. XIII. c. 10. §. 15.

6) Prob. p. 74.

7) Probabil. recept. lection. p. 76.

8) Verſuche., Thl. I. Abh. 8. S. 122. (2te Ausg.)

und behauptet, dieſes Geſetz rede nur von einem mand. mea et tua gratia. Allein der Eingang deſſelben iſt ganz allgemein geſtellt, und nur am Schluſſe iſt von einem mandirenden Erbſchaftsgläubiger die Rede, welchen Fall Julian gelegentlich mit berührte, weil er öfter vorkam [9]).

Noch bleibt zu erörtern übrig, wer den Beweis zu führen habe. Man muß hierbei zwei Fragen unterſcheiden, weil es zwei verſchiedne Beweistheme geben kann. Nämlich

a) iſt es ſtreitig, ob der ertheilte Auftrag ein mand. in gratiam mandatarii, oder eine andere Art des Mandats ſey, ſo wird gegen jenes präſumirt, und der Mandant muß, wenn gegen ihn mit der actio contraria geklagt wird, beweiſen, daß das Mandat den alleinigen Vortheil des Mandatars beabſichtiget und angegangen habe. Denn bekanntlich müſſen wir für die Gültigkeit eines Geſchäfts, und gegen Schenkungen präſümiren.

b) Iſt es hingegen entweder an ſich klar, oder durch den Beweis des Mandanten zur förmlichen Wahrheit gediehen, daß das Geſchäft ein mand. tua gratia geweſen: ſo kann der Mandatar mit ſeiner actio contraria nur dann durchdringen, wenn er beweiſt, daß er ohne den Auftrag nicht gehandelt haben würde [10]). Denn die Regel iſt, daß das mand. tua gratia keine Gültigkeit habe, und die Ausnahme muß bewieſen werden. Da es ſich hier mittelſt künſtlichen Beweiſes leicht bis zu einem Erfüllungseide bringen läßt: ſo iſt dieſen Beweis zu führen, gar nicht ſo außerordentlich ſchwierig, als es auf den erſten Anblick ſcheinen möchte.

§. 4.

Alle dieſe Beſtimmungen über das mand. tua gratia ſind mehr oder minder auf den Rath und die Empfehlung angewandt worden; hauptſäch wegen folgender Worte des Gajus in der l. 2. §. ult. D. mand., die in §. 6. I. eod. wiederholt ſind:

> Tua autem gratia intervenit mandatum, veluti si mandem tibi, ut pecunias tuas potius in emptiones praediorum colloces, quam foeneres: vel ex diverso, ut foeneres potius, quam in emptiones praediorum colloces: cujus generis mandatum magis consilium est, quam man-

9) L. 4. D. de doli mali et met. exc.

10) Thibaut a. a. O. S. 21.

datum; et ob id non est obligatorium: quia nemo ex consilio obligatur, etiamsi non expediat ei, cui dabatur: quia liberum est cuique, apud se explorare, an expediat sibi consilium.

Schon Donellus hat an dem in dieſem Geſetz enthaltenen Argument ein Aergerniß genommen, und darüber ausgeſprochen: „sed haec ipsa ratio rationis indiget.“ Indeß ſoll das Raiſonnement des Gajus keineswegs den Grund abgeben, warum ein mand. tua gratia ungültig ſey (denn dieſer Grund iſt im pr. der l. 2. cit. den darauf folgenden Erörterungen vorausgeſchickt) [1]; ſondern die Vergleichung mit dem Rath bezieht ſich auf die vorangehenden Beiſpiele, und es iſt dadurch nichts weiter ausgedrückt, als daß ein zu unbeſtimmt gefaßtes mandatum tua gratia in Rückſicht ſeiner rechtlichen Folgen eben ſo unwirkſam ſey. Daß Gajus hierzu der Schlußform ſich bediente, iſt zwar ſonderbar, aber bei den römiſchen Juriſten nicht ungewöhnlich. Wirklich wenn man von dem mand. tua gratia das Band des Vertrages herunternimmt, ſo bleibt nichts anderes als der Rath übrig. Aber darum iſt das mand. tua gratia nicht äqual dem Rathe; ſeine Aehnlichkeit mit dieſem iſt anerkannt, aber nicht die Identität ſeiner Natur.

Ich übergehe die Meinungen derjenigen, welche eine oder die andere Eigenſchaft des mand. tua gratia auf den Rath übertragen, um ihn ſo verbindlich zu machen; denn dieſe ſind ſchon von Thibaut [2]) hinlänglich widerlegt.

Thibaut verwirft alles Gleichſetzen des Raths mit dem mand. tua gratia, und wendet dieſes, unter Zuziehung von l 6. §. 5. D. mand., nur analogiſch, nicht unmittelbar an. Seine Theorie iſt folgende: „im Allgemeinen entſtehet für den Rathenden und Empfehlenden keine Verpflichtung zum Schadenserſatz, ſelbſt dann nicht, wenn er ſich dazu anheiſchig gemacht hat. Nur alsdann leidet der letzte Satz eine Ausnahme, wenn der Rath und die Empfehlung den Hauptbewegungsgrund zum Handeln gaben. Beides muß alſo zuſammentreffen, um den Regreß zu begründen, und der Rathgeber wird durch die Exiſtenz einer dieſer Bedingungen niemals allein verpflichtet.“ Allein ich halte ſelbſt dieſe bloße Analogie aus l. 6. §. 5. D. mand. für unzuläſſig. Denn

1) S. ob. §. 3. not. 3.

2) l. c. S. 120.

a) haben die Geſetze unbeſchränkt an mehreren Orten ausgeſprochen, der Rath begründe keine Verbindlichkeit.

b) Wenn die l. 2. §. 6. cit. ſagt, das mand. tua gratia habe eben ſo wenig verbindliche Kraft als der Rath, in der l. 6. §. 5. cit aber unter andern Bedingungen das mand. tua gratia für verbindlich erklärt wird; ſo folgt noch nicht, daß unter denſelben Bedingungen auch der Rath verbindliche Kraft haben ſolle, ſondern nur ſo viel, daß wenn der Fall von l. 6. §. 5 cit. eintritt, das mand. tua gratia dem Rath in Hinſicht ſeiner rechtlichen Folgen nicht gleich ſtehen ſolle.

c) Die von Thibaut angegebenen Erforderniſſe eines verbindlichen Rathes umfaſſen gar nicht diejenigen, welche nach l. 6. §. 5. cit. zu einem verbindlichen mand. tua gratia nothwendig ſind. Dies letztere enthält nämlich zwei Momente; einmal den erklärten und vertragsmäßig acceptirten Willen des Mandanten, ſich verbindlich zu machen, und dann, daß ohne das Mandat der Bevollmächtigte nicht gehandelt haben würde. Von dieſen beiden Momenten findet ſich unter Thibauts Erforderniſſen für den Rath nur das eine, nämlich, daß der Rath der Hauptbewegungsgrund zum Handeln geweſen ſeyn müſſe, vollſtändig wieder; das andere Moment iſt darunter nicht vorhanden. Denn ein Rath mit dem Verſprechen zum Schadenserſatz ſteht in keiner Parallele mit jener vertragsmäßigen Verbindlichkeit; um einem Verſprechen rechtliche Kraft zu geben, reicht deſſen bloſe Ertheilung nicht hin, ſondern es muß gehörig acceptirt werden. Dieſe förmliche Pacisceirung liegt in dem eingegangenen Mandat, und auf ihr beruht die Hälfte der Entſcheidung in l. 6. §. 5. cit.

Tritt nämlich das Verſprechen der Schadloshaltung zu dem Rath hinzu, ſo entſteht daraus an und für ſich keine Verbindlichkeit für den Rathgeber; ein Rath hat keine verbindliche Kraft, ein bloßes Verſprechen eben ſo wenig. Wird hingegen dieſes, dem Rathe beigegebene, Verſprechen gehörig acceptirt, ſo geht die Sache in ein ganz anderes Geſchäft über. Dann iſt nämlich ein eigner bedingter Vertrag zur Uebernahme der Gefahr eingegangen; bedingt, in ſo fern die Gefahr nur auf den Fall übernommen wurde, daß die Handlung dem Inhalt des Raths entſprechend ausgeführt wird. Der Unterſchied zwiſchen dem gültigen mand. tua gratia, und dem Rath mit dem Verſprechen der Schadloshaltung, beſteht darin: jenes Mandat wird im Grunde nicht durch die aus dem Auftrag hervorgegangene Handlung des Mandatars gültig, ſondern durch die Einwilligung, durch das Contrahiren der Parteien. Ein ſolches Contrahiren aber enthält der Rath mit hinzugefügtem Verſprechen der Schadloshaltung nicht. Tritt jedoch die Accep-

tation des andern Theils hinzu, so ist ein Vertrag auf bedingte Uebernahme der Gefahr eingegangen, und nach den Grundsätzen über diese Verträge zu beurtheilen. Die Acceptation des Vertrags ist jedoch natürlich nicht schon in der bloßen Billigung oder Befolgung desselben enthalten. Bei den Römern konnte nun freilich ein solches Geschäft durch bloßen Consens nicht vollgültig gemacht werden, sondern hierzu wurde eine Stipulation erfordert.

Ist auf diese Weise der Vertrag eingegangen, so kommt gar nichts mehr darauf an, ob der Rath der Hauptbewegungsgrund der unternommenen Handlung war, oder ob er nur adjutorisch mitwirkte. Denn der Rath ist ja rechtlich überhaupt gar kein Bewegungsgrund, und die Analogie der l. 6 §. 5. cit. findet hier keine Anwendung, da der Rath nur die Bedingungen oder Gränzen des Versprechens bezeichnet, und bei einem bedingten Vertrage überhaupt nichts darauf ankommt, auf welche Weise die Bedingung existent geworden.

Die Frage aber, ob in einem gegebenen Falle ein Rath ertheilt, oder ein mand. in gratiam mandatarii eingegangen sey, ist mehr facti, als juris. Die Römer hatten bestimmte Terminologieen: die Worte „volo, rogo, mando," worauf der Bevollmächtigte antwortete „recipio" begründeten ein Mandat. Doch gab es außer diesen noch andere Formeln, und zuweilen fielen diese ganz weg [3]). Die Worte „commendo, moneo, suadeo," u. a. dergl. enthielten einen bloßen Rath [4]).

Was vom Rath gesagt ist, muß um so mehr von der Empfehlung gelten, da diese einen bei weitem weniger speciellen Bewegungsgrund angiebt [5]). Unterdessen hat sich über letztere, in Beziehung auf Handelssachen, die Ansicht mehrerer neueren Gesetzgebungen geändert, und es läßt sich auch eine solche Abweichung vom strengen Recht aus Rücksichten für den kaufmännischen Credit recht gut vertheidigen.

---

3) L. 1. §. 2. D. mand. l. 12. §. 13. eod. Donell. l. c.

4) L. 11. §. 2. de legat. III., l. 42. de negot. gest.

5) L. 13. §. 12. D. mand.